

DOCTRINA

Edição Comemorativa

30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

A Prisão Preventiva e a Lei n. 12.403/2011

Sebastião Reis Júnior
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A PRISÃO PREVENTIVA E A LEI N. 12.403/2011

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior

“A situação carcerária nacional é muito preocupante. Caso persistam as suas condições atuais, pode-se concluir que jamais o Brasil será uma grande nação. Pode até ser economicamente forte, mas seus pés são (praticamente) todos de barro.”¹

“O paradigma penal clássico, segundo o qual a intimidação proveniente da possibilidade de punição, fundamenta uma ideia de segurança que talvez ampare tal perspectiva. Mas tomemos, por exemplo, a lei dos crimes hediondos. Em nenhuma medida ela contribuiu para reduzir a criminalidade no País. E, ao mesmo tempo, é apontada como um dos principais motivos para superlotação dos presídios que, como sabemos, é também responsável pelo surgimento e articulação de organizações criminosas no sistema prisional.”²

“A Lei n. 12.403, que criou medidas cautelares com o objetivo de combater a banalização da prisão provisória no país, completa

¹ BUNDUKY, Mariana Cury. Citada por Luiz Flávio Gomes. Cultura punitivista contribui para o aumento da violência. *Consultor Jurídico*, 19/jul/2012. Disponível em <www.conjur.com.br>.

² MIRAGLIA, Paula. Mais do mesmo não é resposta para a violência. *Último Segundo*, 15/jul/2012. Disponível em <<http://ultimosegundo.ig.com.br>>.

um ano nesta quarta-feira (4/7) sem cumprir sua principal missão. O número de presos sem julgamento continua aumentando e, segundo especialistas, uma aplicação falha da lei tem contribuído para que essa população carcerária seja composta cada dia mais por pessoas mais pobres.”³

Peço desculpas por começar esta exposição com citações de outros autores, no entanto o faço porque elas refletem a preocupação que tenho no momento.

Confesso que não tenho dados numéricos, mas a realidade do meu dia a dia mostra-me que a situação existente antes da entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011 em nada se alterou.

Continuam chegando ao Superior Tribunal de Justiça, sempre em um número crescente, *habeas corpus* em que se discute, em boa parte, a aplicação, por que não dizer, quase indiscriminada da prisão preventiva como a única medida cautelar considerada para garantir a eficácia do processo penal, seja para assegurar a correta investigação do fato criminoso, seja para garantir a futura execução da sanção penal.

Em 2013, foram distribuídos no Superior Tribunal de Justiça 31.335 HCs/RHCs; em 2014, esse número aumentou para 37.019; em 2015, foram 43.812; em 2016, foram 49.952; em 2017, foram 60.202 e, em 2018, até 31/10, foram 55.753. Nem todos esses *habeas corpus* atacam prisões indevidas. Também são objeto de impugnação regimes de cumprimento da pena, dosimetria da pena, nulidades diversas, etc., porém, como já dito, em boa parte tais processos cuidam de prisão.

O fato é que, independentemente da natureza do crime, seja ele contra o patrimônio ou contra a vida, seja insignificante ou de efeitos relevantes, não sei se em razão do costume ainda enraizado, é comum o Ministério Público requerer e o juiz deferir a prisão. Não vejo o uso das medidas alternativas previstas na lei, qualquer que seja a natureza do fato em exame.

³ D'AGOSTINO, Rosanne. Lei da nova fiança não reduz lotação de cadeias. *Consultor Jurídico*, 21 jul/2012. Disponível em <www.conjur.com.br>.

A realidade é que tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal já firmaram o entendimento de que a prisão antes do trânsito em julgado deve ser deferida de maneira excepcional e devidamente fundamentada, mesmo no caso de crimes graves.

Trago, apenas a título de ilustração, os seguintes exemplos:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da prisão (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a prisão processual.

3. O Juízo de primeiro grau, anos depois do cometimento do crime e da concessão de liberdade ao recorrente, entendeu devida a decretação de sua prisão preventiva na sentença condenatória, ante a gravidade concreta do delito, sem, entretanto, narrar fatos contemporâneos aptos a evidenciar que o réu, durante o longo período em que permaneceu solto, tinha colocado em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

4. A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de natureza grave ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, a qualquer tempo, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

5. Recurso ordinário provido para permitir que o insurgente aguarde o esgotamento das instâncias ordinárias em liberdade caso por outro motivo não esteja preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua

necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.⁴

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal.⁵

EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, **a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção**. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, **reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal**. PRISÃO PREVENTIVA – PRESUNÇÃO. A prisão preventiva há de estar lastreada em fatos concretos a atraírem a incidência do art. 313 do Código de Processo Penal, descabendo partir para o campo das suposições, mormente contrariando a ordem natural das coisas.⁶

Não é demais lembrar aqui que a Lei n. 12.403/2011 veio sanar qualquer dúvida quanto à excepcionalidade da prisão cautelar, estabelecendo soluções alternativas. Como já disse o Ministro Marco Aurélio por ocasião da decisão proferida nos autos do HC n. 113.555, “cabe perceber a excepcionalidade da prisão preventiva, o que, aliás, foi confirmado pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, no que previu a possibilidade de o Juízo substituí-la por medidas acauteladoras. Não é demasia consignar que, há pouco, o Conselho Nacional de Justiça realizou verdadeiro mutirão tendo em conta o alto índice de população carcerária sem a formação da culpa”.⁷

Ora, como diz Badaró, “para situações mais graves, devem existir medidas mais restritivas. De outro lado, para situações menos graves, serão

⁴ RHC n. 98.809/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 26/11/2018.

⁵ HC n. 217.598/SP, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 11/4/2012.

⁶ HC n. 92.682/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 2/12/2010.

⁷ HC n. 113.555/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 28/6/2012.

adequadas medidas menos graves e que restrinjam em menor grau a liberdade de locomoção. Conclui-se, pois, que as medidas alternativas podem incidir em hipótese de delitos menos graves que aqueles que admitem a prisão preventiva (CPP, art. 313), ainda que não haja previsão expressa nesse sentido. Além da necessidade e da adequação, tal interpretação também se alinha com a necessidade de observância da proporcionalidade em sentido estrito.”⁸

A realidade, porém, como já antecipado, nega a efetividade do novo art. 319 do Código de Processo Penal. O fato é que a prisão ainda continua sendo a medida cautelar preferida; muitas vezes, como demonstra o excessivo número de *habeas corpus* concedidos pelo meu Tribunal e pelo próprio Supremo Tribunal Federal, determinada sem qualquer fundamentação além de referências abstratas e genéricas, ou mesmo de forma desproporcional à gravidade do crime pretensamente cometido.

Como diz Antonio Magalhães Gomes Filho, “ao contrário do que ocorria no sistema original do CPP – em que o legislador consagrava um critério de tudo ou nada, deixando ao juiz uma opção implacável entre prender ou deixar o réu solto –, na disciplina agora adotada abrem-se outras possibilidades de restrição cautelar. A privação completa do direito à liberdade passa a constituir providência de extrema *ratio*, que somente se justificará quando não for cabível restrição menos gravosa.”⁹

Não há como contestar tal conclusão. O juiz, a partir da entrada em vigência da Lei n. 12.403/2011, passou a ter a possibilidade, considerando sempre a situação concreta dos fatos em análise – natureza e circunstâncias do crime e características pessoais do agente –, de impor outras medidas restritivas (cautelares) que não a prisão. A restrição a ser imposta passa a ser proporcional às circunstâncias do delito, bem como adequada ao objetivo perseguido.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Medidas cautelares alternativas – Medidas cautelares no processo penal – prisões e suas alternativas*. RT, p. 222.

⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Medidas cautelares no processo penal*. Prisões e suas alternativas. RT, p. 39.

Tais parâmetros encontram-se claros no art. 282 do Código de Processo Penal – necessidade para a investigação ou a instrução criminal; nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais; adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado –, parâmetros esses que devem ser considerados no conjunto, não sendo possível a aplicação de qualquer medida cautelar, considerando-se apenas a presença de um deles. Por exemplo, o fato de o crime ser grave, por si só, não justifica a aplicação de uma restrição de natureza cautelar.

Outra circunstância a ser considerada é a impossibilidade lógica de se impor cautelarmente restrição, em especial a prisão, superior àquela que pode advir de eventual condenação. Esclarecedora é, nesse ponto, a lição de Geraldo Prado:

O caráter excepcional da prisão preventiva não autoriza seu emprego em casos para os quais é escassa a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade na hipótese de o imputado ser condenado. O prognóstico de cabimento de medidas ou penas restritivas de direito no lugar da privativa de liberdade pode decorrer da lei – e será fruto da articulação de diversos dispositivos, como ocorre com a previsão de suspensão condicional do processo ou aplicação de penas substitutivas ou alternativas – ou do exame do caso concreto pelo juiz.

[...]

Não se pode, portanto, retirar do imputado, cautelarmente, bem da vida que ele provavelmente não perderá caso venha a ser definitivamente condenado.¹⁰

Na verdade, a nova lei veio permitir que o juiz, com fundamento na própria lei processual, tenha meios de fixar restrições que não apenas a prisão, não sendo necessário, como acontecia anteriormente, o juiz “criar” restrição diante do excesso que se constituiria a prisão (condicionar, por exemplo, a liberdade à apresentação do passaporte em juízo).

¹⁰ PRADO, Geraldo. *Excepcionalidade da prisão provisória – Medidas Cautelares no Processo Penal – Prisões e suas alternativas*. RT, 1ª ed., pp. 121/122.

Vale esclarecer que a lei prevê, como ensina Badaró, cautelares alternativas à prisão preventiva, e não substitutivas à prisão, sendo que, na primeira hipótese, não é cabível a prisão, ao contrário da segunda situação.

Também não podemos deixar de registrar aqui que, como autorizado expressamente pelo § 1º do art. 282, as medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, desde que de forma fundamentada. Pode o juiz entender pertinente, por exemplo, que, ao lado da necessidade de se apresentar em juízo em periodicidade por ele fixada, seja necessário ainda que o réu ou indiciado deixe de frequentar determinados ambientes.

Agora, saliente-se, não há possibilidade de se fixar a prisão cumulada com outra medida cautelar, considerando-se que a prisão representa o grau máximo de restrição cautelar.

Mais adiante, o § 2º do art. 282 autoriza a imposição das medidas cautelares no curso da investigação, a pedido da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, e durante o curso da ação, a requerimento das partes ou, o que é questionado por parte da doutrina, pelo juiz do feito, de ofício.

Entende a doutrina abalizada que a determinação de medida cautelar de ofício vai de encontro à natureza acusatória do processo penal brasileiro, em que a figura do juiz deve permanecer neutra, sem alterar o equilíbrio entre as partes. Como diz Nucci, “na realidade, o ideal seria que o juiz ficasse distante de medidas drásticas, somente exercendo seu papel quando instado pelos interessados. Por isso, espera-se possa o magistrado resguardar-se, sem decretar medidas cautelares de ofício, salvo imperiosa necessidade e urgência.”¹¹

Há o incentivo ao contraditório previsto no § 4º, quando, salvo nas hipóteses de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, a parte contrária deverá ser ouvida previamente.

Tal contraditório, porém, praticamente não existe. Não me lembro, desde da entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011, de ter visto

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. RT, 11ª ed., p. 609.

uma única decisão em que o juiz, antes de impor cautelares, tenha ouvido o investigado/réu.

O parágrafo seguinte cuida da possibilidade de, no caso de descumprimento da medida fixada, imposição de outra medida de forma cumulativa ou a substituição da medida anteriormente fixada ou, ainda, em último caso e sempre considerando a proporcionalidade entre a restrição e os fatos em apuração, a decretação da prisão preventiva. A prisão, aqui, não é uma pena, uma sanção, pelo não cumprimento de cautelar anteriormente fixada. A sua necessidade deve ser analisada de acordo com as circunstâncias que a autorizariam, por exemplo, desde o primeiro momento (art. 313 do CPP).

A realidade, porém, é um pouco diferente. Um levantamento em decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça indica que, em regra, o descumprimento de uma cautelar imposta por ocasião da concessão da liberdade provisória autoriza a prisão:

1. A prisão preventiva do paciente encontra-se devidamente fundamentada, haja vista que a jurisprudência considera idônea a decretação da custódia cautelar fundada no descumprimento de medidas protetivas, de acordo com o previsto no art. 313, inciso III, do Código de Processo Penal.¹²

Na verdade, a fixação de uma nova cautelar em acréscimo à anterior ou a fixação de uma com maior grau de reestrutividade pode ocorrer independentemente do descumprimento da primeira medida fixada, desde que a situação fática tenha se alterado, justificando também essa alteração quanto às restrições cautelares.

A lei, aqui, mais uma vez, deixa claro que a prisão é a última alternativa, facultando ao juiz a utilização de outras medidas menos gravosas, desde que mais adequadas aos fatos em apuração.

Em seguida, a lei esclarece que a medida cautelar eventualmente aplicada não é definitiva, podendo, se deixarem de ocorrer as circunstâncias

¹² HC n. 464.737/PR, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 13/11/2018.

que a justifiquem, ser revogada e, se revogada, fixada novamente se as circunstâncias voltarem a justificar a sua imposição.

Aliás, aqui, adequados, não obstante proferidos quando da análise da prisão cautelar, são os comentários do meu colega, Ministro Og Fernandes, quando diz que “as prisões cautelares, pelo seu caráter de excepcionalidade, devem ser reavaliadas a qualquer tempo (cláusula *rebus sic standibus*). Não exercer esse juízo temporário da cautelaridade pode implicar extensão desarrazoada do encarceramento, o que corresponde ao cumprimento de pena sem sentença com trânsito em julgado, em desobediência ao art. 5º, LVII, da CF/88. Assim, revoga-se a medida cautelar se superadas as razões que levaram à sua aplicação.”¹³

Na sessão do dia 13/12/2018 a Sexta Turma, quando do julgamento do HC n. 465.074, assim decidiu, revogando as cautelares anteriormente fixadas, mas garantindo ao juiz da causa o poder de fixá-las novamente ou impor outras se novos fatos as autorizarem.

Finalmente, o § 6º, que, como diz Antonio Magalhães Gomes Filho, “reitera a ideia já mencionada – e que tem especial amparo no princípio constitucional da presunção de inocência – de que o encarceramento preventivo constitui medida extrema, devendo o juiz, antes de determiná-la, verificar sempre a possibilidade de substituição por outra medida cautelar”.¹⁴

Uma questão que suscita alguma controvérsia se refere à taxatividade, ou não, das medidas cautelares enumeradas no art. 319 do Código de Processo Penal. A princípio, entendo que a enumeração ali é taxativa, tendo em vista o princípio da legalidade, que rege o processo penal. Se não é caso de prisão nem de nenhuma daquelas restrições previstas na lei, a hipótese é de liberdade incondicional do réu ou do indiciado. Diferente de um quadro anterior, no qual existia um tudo ou nada e havia o risco de se impor, quando não cabível, uma medida restritiva – a prisão – desproporcional e inadequada ao crime apurado.

¹³ FERNANDES, Og. *Constituição, processo e prisão – Medidas cautelares no processo penal – Prisões e suas alternativas*. RT, 1ª ed., p. 58.

¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 48.

São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça que nos permitem ter plena compreensão das hipóteses de sua incidência.

A primeira decisão para a qual chamo a atenção é a proferida quando do julgamento do HC n. 219.101, da relatoria do Ministro Jorge Mussi, em que a ordem foi concedida para determinar que a não aplicação das cautelares previstas no art. 319 seja objeto de exame expresso pelo Juízo local. Leio aqui trecho da decisão que interessa:

Outrossim, no que se refere à aplicação da Lei n. 12.403/2011, verifica-se que a Corte de Origem tratou do tema nos seguintes termos: “[...] ‘quanto a referência feita pelos impetrantes sobre a recente modificação legislativa, é de se lembrar que ela sequer admite o arbitramento de fiança nos delitos hediondos.’” (e-STJ fls. 257)

Com efeito, nota-se do excerto supra que a matéria referente à incidência de medidas alternativas à prisão foi examinada somente em parte pela autoridade impetrada, a qual cingiu-se a tecer considerações somente no que diz respeito à impossibilidade de arbitramento de fiança nos crimes hediondos, omitindo-se quanto às demais providências passíveis de aplicação, alternativas à prisão. Isso porque, com a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 12.403/2011, o Código de Processo Penal passou a capitular diversas providências substitutivas a prisão, sendo essa imposta apenas quando aquelas não se mostrarem suficientes a repressão e a reprovabilidade do delito, o que, contudo, não foi tratado na espécie.

Desse modo, merece ser concedida a ordem nesse ponto, determinando-se que a Corte *a quo* proceda ao exame da possibilidade de aplicação de providência cautelar diversa da prisão.¹⁵

A excepcionalidade da prisão, insisto, deve ser expressa pela decisão que a decretar, expondo-se as razões pelas quais naquela hipótese

¹⁵ HC n. 219.101/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 8/5/2012.

concreta é inviável outra cautelar. Desde o início, o Superior Tribunal já entendia que a recusa em se aplicar as cautelares diversas de prisão teria de ser fundamentada.

Esclarecedora é a lição que nos foi dada pela Ministra Laurita Vaz quando do julgamento do HC n. 223.440:

De outra banda, o Juízo processante decretou a custódia cautelar da Paciente, nos seguintes termos:

“Verifico que a ré possui antecedentes criminais, bem como responde a vários processos, logo, traz desassossego a toda comunidade local, de modo que é necessária a custódia cautelar para garantia da ordem pública. Também se faz necessária sua prisão cautelar para garantia da aplicação penal, eis que a ré encontra-se em local ignorado.” (fl. 335)

Ora, em princípio, não existe constrangimento ilegal na manutenção do decreto de prisão preventiva pelo acórdão impugnado, pois demonstrada, no caso, a necessidade de garantir a ordem pública, a instrução processual e a aplicação da lei penal, porque além de diversos antecedentes criminais, a acusada demonstra nítida a intenção de se furtar à persecução criminal do Estado.

[...]

Todavia, como bem ressaltou o parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, o “fato imputado à paciente ocorreu em 2005, sendo a denúncia oferecida em 2010, não mais se justificando a decretação de sua prisão preventiva para resguardo da ordem pública somente em junho de 2011” (fl. 729), sobretudo porque existem outras medidas que podem assegurar a instrução criminal e a eventual aplicação da lei penal, consoante nova redação dada ao art. 319 do Código de Processo Penal.

De fato, após as alterações do Código de Processo Penal, introduzidas pela Lei n. 12.403/2011, relativas à custódia processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, a necessidade de garantir a ordem pública e econômica ou de assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, deve ser tomada como ponto de partida, justificando-se a prisão preventiva apenas em último caso,

quando se mostrar inadequada a aplicação das medidas cautelares trazidas pela novel legislação.

Agora, qualquer providência acautelatória, além dos pressupostos e motivos autorizadores da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, exige demonstração fundamentada da necessidade e da adequação da medida, respeitado, ainda, o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, de acordo com a nova orientação da lei processual penal brasileira, a prisão preventiva é medida extrema que pode ser aplicada tão-somente quando comprovado que as medidas cautelares diversas da prisão são inadequadas e insuficientes.

[...]

Portanto, ainda que evidenciada a necessidade de se acautelar o meio social, e existam provas do crime e indícios suficientes de autoria, como ocorre na espécie, para se evitar qualquer excesso, o encarceramento cautelar deve ser imposto apenas em último caso, pelo período estritamente necessário e para infratores de periculosidade evidenciada.

[...]

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verifique a possibilidade de adoção de uma ou mais medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, em substituição à prisão preventiva da Paciente.¹⁶

Observem que, em ambas as situações, não foi determinada pela Quinta Turma a liberdade do paciente, mas, sim, que o Tribunal de origem verificasse a possibilidade de adoção de uma ou mais medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Tal raciocínio vai de encontro ao posicionamento já reiterado do Superior Tribunal de Justiça de que a prisão é medida excepcional, só podendo ser decretada em situações excepcionais. Com o advento da nova lei, a excepcionalidade deve ser demonstrada não

¹⁶ HC n. 223.440/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/3/2012.

só com a justificação da prisão, mas, também, com a própria demonstração da inaplicabilidade de outra cautelar.

Apropriada a lição de Andrey Borges de Mendonça:

Nesta mesma linha, o art. 282, § 6º, assevera que a “prisão preventiva será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar”, nos termos do art. 319 do CPP. Assim, se houver medida adequada diversa da prisão para sanar o risco, deverá o magistrado dar preferência a ela. Em outras palavras, deve o magistrado percorrer todo o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecidas no art. 319, e somente decretar a custódia preventiva e temporária quando insuficientes aquelas medidas. Agora o legislador foi ainda mais claro e incisivo: a prisão deve ser a exceção. A liberdade, a regra.¹⁷

Confesso que, a meu ver, não é necessário que o juiz fundamente o porquê da não aplicabilidade de cautelares que não a prisão. Parece-me que, se devidamente fundamentada a prisão, evidenciando-se a sua pertinência de acordo com as circunstâncias concretas do crime apurado, não seria necessária a análise da impossibilidade da aplicação das demais cautelares previstas no art. 319. Não podemos impor, desde já, uma regra absoluta e fechada. Deve-se examinar caso a caso, tendo em mente a excepcionalidade da prisão e a existência de medidas alternativas e a necessidade, sempre, de a decisão que a decreta ser efetivamente motivada, demonstrando a adequação ao quadro então em análise.

Hoje são raras as decisões que, como as acima citadas, determinam manifestação expressa sobre a não possibilidade de imposição de cautelares.

Por outro lado, quando do RHC n. 36.443/SP, o Ministro Rogerio Schietti deixou claro que também as cautelares diversas de prisão devem ser justificadas, não podendo ser impostas ao bel-prazer do julgador. Disse ele na oportunidade:

Como se observa, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares dos incisos I e IV do art. 319 do CPP – o comparecimento

¹⁷ Prisão e outras medidas cautelares pessoais, São Paulo, Editora Método, 2011, fls. 46

periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da Comarca, sob pena de revogação da liberdade – **carece de fundamentação válida, porquanto impostas sem nenhum dado significativo de cautelaridade.**

Embora tenha sido ressalvada a proporcionalidade das medidas “ao crime cometido e às condições do paciente” (fls. 118-119), consoante determina o inciso II do art. 282 do CPP, a Corte a quo não demonstrou a necessidade da aplicação das condicionantes para o acautelamento do processo, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública (*periculum libertatis*). **Desse modo, não observada a exigência da cautelaridade no caso em comento, mostra-se manifestamente ilegal a restrição parcial da liberdade do recorrente, antes de decisão definitiva.**

No caso acima a ementa foi assim redigida:

1. A reforma trazida pela Lei n. 12.403/2011 abandona o sistema bipolar - prisão ou liberdade provisória - e passa a trabalhar com várias alternativas à prisão, cada qual adequada a regular o caso concretamente examinado, cumprindo ao juiz natural da causa observar, nos moldes do art. 282 do CPP, a adequação da medida à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado.
2. Na espécie, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares dos incisos I e IV do art. 319 do CPP - o comparecimento periódico em juízo e a proibição de ausentar-se da Comarca, sob pena de revogação da liberdade - carece de fundamentação válida, porquanto impostas sem nenhum dado significativo de cautelaridade.
3. Embora tenha sido ressalvada a proporcionalidade das medidas “ao crime cometido e às condições do paciente”, consoante determina o inciso II do artigo 282 do CPP, a Corte a quo não demonstrou a necessidade da aplicação das condicionantes para a investigação ou instrução criminal, para a aplicação da lei penal ou para evitar a prática de outras infrações penais (art. 282, I, do CPP).
4. Recurso provido.

Outra questão já analisada pelo Tribunal e que foi por mim aqui referida trata da impossibilidade de se impor a prisão cumulada com outra medida alternativa.

A Relatora, Ministra Maria Thereza, deixou claro, ao decidir o HC n. 226.989, não só que é inconveniente cumular a prisão com outra medida cautelar, como também que a prisão é realmente a exceção, não sendo cabível se outra ou outras medidas cautelares são suficientes para atender o objetivo de garantir a efetividade do processo penal:

Sublinhe-se que, concomitantemente, à decretação da custódia foi ordenada: (i) a suspensão do exercício da função pública; e, a (ii) a proibição do acesso a diversos órgãos públicos (fls. 169-172).

Pelo que deflui dos autos, foram apontados fatos concretos ligados à atuação de suposto esquema delitivo que, em tese, permearam o aparelho estatal de Rondônia. Tal contexto, leva-me a crer existir, sim, ambiente próprio para o deferimento de medidas cautelares, com o risco de reiteração delitiva.

Contudo, ao que se me dá, não seria apropriado, diante de imputações desvinculadas de violência ou grave ameaça, cumular às medidas alternativas a providência extrema. Parece haver, a meu sentir, violação da proporcionalidade, na dimensão da necessidade, como ensina o Professor GUSTAVO BADARÓ:

O segundo passo ou etapa na aplicação da regra da proporcionalidade é o juízo de necessidade da medida. O que se busca é invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo possível, ou como diz Canotilho, “o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível”. Por essa razão, a necessidade enquanto subprincípio da proporcionalidade também é denominado “princípio da menor ingerência possível” ou “da intervenção mínima”. O exame da necessidade é um juízo de comparação entre as diversas medidas que tenham se mostrado adequadas ao atingimento da finalidade de proteção ou realização do direito fundamental. (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 27).

Assim, além de se afastar o paciente do cargo e do local onde poderia influenciar a colheita de provas, ainda determinou-se a custódia cautelar.

Nesse diapasão, penso que, na espécie, bastariam as medidas alternativas.

Cai à fiveleta a seguinte lição de doutrina:

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (...) Tal regra, porém, precisa de uma interpretação restritiva no que se refere à cumulatividade. Por certo, no caso da decretação da prisão preventiva (arts. 312 e 313) ou no caso em que a prisão substitua a prisão em flagrante (art. 310, II), não será possível cumulá-la com outra medida cautelar, pois já se estará impondo ao investigado ou acusado o grau máximo de restrição cautelar, privando-o de sua liberdade de locomoção.

Ou seja, a prisão preventiva somente pode ser imposta de forma isolada. (BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 721).

Com efeito, apurando concorrerem os pressupostos e requisitos de cautelaridade, mas, na hipótese, encontrando-se em cheque a proporcionalidade, na sua etapa da necessidade, penso que o mais apropriado seria revogar a segregação, mantendo-se, contudo, as medidas cautelares alternativas já assinadas.¹⁸

Lamento, apenas, que, passados sete anos da entrada em vigência da Lei n. 12.403/2011, a sua aplicação continua sendo negligenciada, com a opção preferencial pela prisão.

Ultimamente, é fácil perceber, neste mundo cheio de operações, que é costume ser a prisão sempre a opção primeira, independentemente da contemporaneidade dos fatos; da inexistência de antecedentes dos envolvidos; da não ocorrência de elementos concretos que indiquem risco à investigação ou mesmo à efetividade da ação penal. Muitas e muitas

¹⁸ HC n. 226.989/RO, Relatora Ministra Maria Thereza, Sexta Turma, DJe 4/6/2012.

vezes o fundamento principal da prisão é a repercussão social do crime investigado.

Como já disse o Ministro Schietti por ocasião do julgamento do HC n. 361.750:

‘9. A despeito **da gravidade e da reprovabilidade social do comportamento atribuído ao paciente** - a ensejar-lhe, se demonstrada a imputação, correspondente e proporcional sancionamento penal -, **há de ser analisada a eventual existência de meios outros, que não a prisão preventiva, que possam, com igual idoneidade e eficácia, satisfazer as exigências cautelares do caso analisado, com carga coativa menor.**

10. **As medidas alternativas à prisão estão ligadas à ideia de uma providência igualmente adequada e suficiente para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo. É essa, precisamente, a compreensão de subsidiariedade processual penal, que permeia o princípio da proporcionalidade, em sua máxima parcial (ou subprincípio) da necessidade (proibição de excesso).**

11. **É plenamente possível que, embora presentes os motivos e os requisitos que tornariam cabível a prisão preventiva, o juiz - à luz do princípio da proporcionalidade e das novas alternativas fornecidas pela Lei n. 12.403/2011 - considere a opção por uma ou mais das medidas indicadas no art. 319 do Código de Processo Penal o meio suficiente e adequado para obter o mesmo resultado - a proteção do bem jurídico sob ameaça - de forma menos gravosa.**

12. **Embora os argumentos adotados pelas instâncias ordinárias demonstrem a gravidade concreta dos delitos em tese cometidos - [...] - há outras medidas, com igual eficácia e adequação, aptas a afastar o *periculum libertatis*.**

No mesmo sentido, o presente na ementa do acórdão extraído do HC n. 422.122, também da relatoria do Ministro Schietti, reforça tal raciocínio:

‘9. No processo penal, os interesses em permanente conflito – o interesse estatal de punir, de modo eficiente e em conformidade com as leis do país, autores de crimes quaisquer, e o interesse do acusado (também interesse do Estado) de proteger sua liberdade – sujeitam-se à verificação concreta e momentânea de qual deles deva preponderar, não sendo mais sustentável afirmar, como outrora, a existência da antítese Estado-cidadão. **Em verdade, o Estado está obrigado tanto ao asseguramento da ordem por meio da persecução penal, quanto à proteção da esfera de liberdade do indivíduo.**

10. A redação dada aos artigos que compõem o Título IX do Código de Processo Penal, com a reforma legislativa de 2011, evidenciou com maior clareza a exigência de que a prisão preventiva, por ser a medida mais extrema entre todas as cautelares pessoais, só deve ser imposta ao indiciado ou acusado quando outras medidas, agora elencadas no art. 319 do CPP, se mostrarem inadequadas ou insuficientes às exigências cautelares. Inteligência do art. 282, §§ 4º e 6º, do CPP.’

Tais pronunciamentos não são isolados. Também já disse algo semelhante a Ministra Maria Thereza, por ocasião do julgamento do RHC n. 84.932: ***a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.***

Da mesma forma pensava assim o saudoso Ministro Teori Zavascki, para quem [...] *a prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. Ademais, essa medida cautelar somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos*

que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Ou seja, é indispensável ficar demonstrado que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal (HC n. 127.186, DJe 3/8/2015).

E não posso deixar de fazer referência ao Ministro Nefi Cordeiro que já afirmou *que o crime, grave [...], não pode justificar antecipação de pena, de modo que somente fatos demonstradores de anormais riscos ao processo ou à sociedade podem provocar a extremamente gravosa cautelar de prisão* (RHC n. 52.864).

Importante destacar que esse entendimento se aplica, inclusive, às grandes operações, em que os crimes investigados são de grande monta e praticados por verdadeiras organizações criminosas e, muitas vezes, com o intuito de lesar o próprio Estado.

Por exemplo, em processo em que os fatos envolvidos se relacionavam ao Rio de Janeiro e ao seu ex-Governador Sérgio Cabral, em que a prisão aparentava ser desproporcional, a Sexta Turma já optou por impor, em lugar da prisão, outras cautelas:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. **OPERAÇÃO RIO 40 GRAUS**. CORRUPÇÃO PASSIVA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAVAGEM DE ATIVOS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CONTEXTO FÁTICO REGENTE DAS IMPUTAÇÕES. ATUAL SITUAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA O ENCARCERAMENTO DO RECORRENTE. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DO ERGÁSTULO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. **A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.**

2. *In casu*, entendida como *ultima ratio*, **a custódia provisória não se apresenta apropriada, visto que desrespeitado o cânone da proporcionalidade** - necessidade, adequação e balanceamento de

bens jurídicos -, **evidenciando-se que medidas cautelares menos incisivas podem se prestar à manutenção da higidez da marcha processual.**

3. Embora salientado pelas instâncias ordinárias que o recorrente supostamente esmerou-se em atuar, mediante pagamento de vantagem financeira indevida, para beneficiar consórcios de empresas nas obras da Transcarioca Rio e da Recuperação da Bacia de Jacarepaguá, tendo atuado, até 2015, para ocultar os valores espúrios indevidamente auferidos, sobressai dos autos que o increpado não mais exerce o cargo público de Secretário Municipal de Obras desde dezembro de 2016, estando atualmente lotado na Câmara de Vereadores do Município do Rio de Janeiro, sendo que a sua prisão provisória restou decretada apenas em julho de 2017.

4. Diante do contexto fático regente das imputações relativas ao insurgente e da sua atual situação, não pode subsistir a decisão prisional, mostrando-se suficientes medidas cautelares pessoais diversas da prisão, em consideração aos vetores inscritos no art. 282 do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei n. 12.403/2011.

5. Recurso ordinário provido, ratificando o entendimento da liminar, a fim de substituir a prisão preventiva do recorrente por medidas cautelares diversas do encarceramento, nos termos do artigo 319 do Código de Processo Penal, quais sejam, II - proibição de acesso à Secretaria de Obras do Município do Rio de Janeiro; III - proibição de manter contato com os demais corréus do processo criminal; IV - proibição de ausentar-se da comarca, salvo se previamente autorizado pelo magistrado; e VI - suspensão do exercício das atividades vinculadas à Secretaria de Obras do Município do Rio de Janeiro; sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar mais outras medidas implementadas pela Lei n. 12.403/2011, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

[...]¹⁹

¹⁹ RHC n. 90.882, Relatora Ministra Maria Thereza.

O fato é que a Lei n. 12.403/2011, apesar de já ter uma certa idade, ainda não foi compreendida por boa parte da comunidade jurídica. A possibilidade de se impor cautelares que não a prisão é negligenciada por boa parte dos juízes brasileiros para quem a opção primeira sempre é a prisão. O seu espírito ainda não foi compreendido pelos aplicadores do direito. A doutrina, ou parte razoável dela, já a compreendeu, interpretando essa lei como uma alternativa à prisão, um espaço para o juiz impor uma restrição que não a prisão. Antes, era tudo ou nada – prisão ou liberdade. Agora, ficou clara a opção do legislador em facultar ao juiz alternativas à medida extrema da prisão, possibilitando a ele a imposição de medidas outras mais adequadas e proporcionais ao crime investigado.

Assusta-me, e não nego, o espírito de vingança que hoje existe na sociedade brasileira, amedrontada, não sem razão, com o crescente da criminalidade, espírito esse, porém, que não pode influenciar o aplicador do direito.

É claro, e acredito que sobre isso não se discute, que o nosso sistema penitenciário não suporta mais o excesso de presos e que a prisão também não é solução única para o crime. Outros “castigos” podem e devem ser considerados não só pelo legislador como pelo aplicador do direito.

Devemos fazer uma reflexão sobre o assunto e que haja um esforço maior na compreensão desse texto legal, que veio não para “ajudar” o criminoso, mas sim para fazer valer o princípio que garante a prisão apenas após a efetiva condenação.